

Port du voile par les enseignantes des écoles publiques : retour à Karlsruhe
Étude sur la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 27 janvier 2015

Aurore Gaillet, Professeur de droit public, Université Toulouse 1 Capitole

Alors que les contours de la laïcité sont, une fois encore, débattus en France – qu'il s'agisse d'*étendre l'obligation de neutralité aux structures privées en charge de la petite enfance* (proposition de loi n° 2313), d'insister sur le « sanctuaire laïque » que constituerait l'école, plus encore depuis les attentats de janvier 2015, voire de s'interroger sur l'opportunité d'interdire le port du voile à l'université –, la décision de la Cour constitutionnelle allemande rendue le 27 janvier et publiée le 13 mars 2015 (1 BvR 471/10 et 1 BvR 1181/10 –

http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/01/rs20150127_1bvr047110.html) choisit d'insister sur l'importance de la liberté religieuse dans une société toujours plus plurielle. Une interdiction générale des « manifestations religieuses dans l'apparence extérieure » des personnels éducatifs est en effet jugée contraire à la Loi fondamentale du 23 mai 1949 (ci après « LF »).

En l'espèce, la Première chambre de la Cour (*Erster Senat*) avait été saisie de recours constitutionnels dirigés contre les jugements de tribunaux du travail (jusqu'à la Cour fédérale du travail), confirmant les sanctions infligées à deux requérantes, toutes deux de nationalité allemande, de confession musulmane et employées dans des écoles publiques du *Land* de Rhénanie-du-Nord-Westphalie. L'une, éducatrice sociale, s'était vu signifier un avertissement en raison du port d'un « béret de type basque à bord côtes et d'un col-roulé roses dissimulant totalement ses cheveux et son cou » – et tendant à contourner l'interdiction du voile classique. L'autre, enseignante de langue turque, avait été licenciée en raison de son refus de retirer son voile. Dans cette décision, rendue à six voix contre deux et en l'absence du Vice-Président Kirchhof (justifiée par les doutes sur son impartialité, eu égard à ses prises de position antérieures – voir à ce sujet la décision de la Cour du 25 février 2014,

http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/02/rs20140226_1bvr047110.html), la Première chambre juge les recours recevables et fondés. Les décisions des tribunaux du travail à l'origine de la procédure ne répondent pas à l'interprétation « neutralisante » retenue par la Cour. Lésant en conséquence les libertés de croyance, de conscience et de culte (art. 4 al. 1 et 2 LF), elles sont annulées. L'une des dispositions législatives en cause est de surcroît déclarée nulle et non avenue, en ce qu'elle était « conçue comme une règle privilégiant les valeurs ou traditions culturelles chrétiennes et occidentales » (§ 78). Au-delà des cas d'espèce, la Première chambre était en effet amenée à se prononcer sur les dispositions de la « loi scolaire » du *Land* (*Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen* du 15 février 2005 (GV.NRW. S. 102) telle que modifiée par la loi du 13 juin 2006 (GV.NRW. S. 270)), dispositions au fondement des jugements attaqués. Ce faisant, les recours interrogeaient directement la constitutionnalité de législations adoptées à la suite d'une autre décision de la Cour rendue le 24 septembre 2003 (BVerfGE 108, 282s., *Ludin-Urteil* – <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv108282.html>). La Seconde chambre (*Zweiter Senat*) alors saisie avait jugé que le port de signes manifestant une appartenance religieuse pouvait être interdit aux enseignants des écoles publiques ... si la loi du *Land* concerné le prévoyait. Dans la mosaïque de solutions envisageables dans le cadre du fédéralisme allemand, de nombreux *Länder*, dont la Rhénanie-du-Nord-Westphalie, avaient opté pour une interdiction générale (pour un aperçu des différentes solutions : <https://www.uni-trier.de/index.php?id=24373>). Pareille solution est donc aujourd'hui compromise.

Force est ainsi de constater que le terrain est loin d'être à l'abri de contestations, de conflits et de revirements. On n'en mesure pas moins l'écart avec les solutions françaises, où la laïcisation des « agents du service de l'enseignement public » (CE, Avis 4/6 SSR du

3 mai 2000) ne suscite plus guère de débat. Il convient toutefois de se prémunir de tout raccourci sommaire qui tendrait à opposer trop rapidement les deux rives du Rhin, l'une marquée par une laïcité toujours plus « combative », l'autre chantre de la liberté religieuse. L'Allemagne et la France partagent une longue histoire commune, qui comprend la séparation entre les religions et l'État. Les principes de liberté religieuse et de neutralité étatique y sont reconnus comme des droits fondamentaux, corollaires l'un de l'autre (v. not. art. 1 de la Constitution française, art. 1 et 2 de la Loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation de l'Église et de l'État* ; combinaison des articles 3 al. 3, 4, 33 al. 3 LF et 137 al. 1 de la Constitution Weimar – auquel renvoie l'art. 140 LF). De même, les deux États font face à des difficultés analogues. Les autorités publiques, si neutres se prétendent-elles, ne peuvent jamais totalement ignorer le fait religieux, tant celui-ci fait partie du fait social. Et, plus précisément aujourd'hui, les deux États s'interrogent sur les voies à même de favoriser le vivre-ensemble dans un environnement marqué par de nouveaux défis. Ces derniers font écho aux mutations du paysage religieux – révélant les insuffisances de droits élaborés dans des contextes de prédominance des grandes religions chrétiennes. Ils révèlent également de nouvelles revendications identitaires, manifestant une lecture plus individualiste, plus subjective, des droits et libertés, notamment en matière religieuse (v. A. Debus, « Machen Kleider wirklich Leute ? Warum der "Kopftuch-Streit" so spannend ist » *NVwZ*, 2001, p. 1355s.). En Allemagne comme en France, les débats sur le port des signes religieux ne font que refléter ces interrogations communes, questions plus sensibles encore lorsqu'elles se posent dans le cadre spécifique de l'école, terrain classique de l'affrontement religion(s)-État.

Reste que, au-delà de la similitude des problématiques, ce sont bien deux modèles différents qu'il faut considérer. Deux cadres constitutionnels, traductions d'histoires et de cultures particulières, dont la récente décision de la Cour constitutionnelle est une belle illustration. En France, si le champ des interdits gagne du terrain notamment depuis la loi du 17 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, les solutions radicales s'inscrivent dans une longue et conflictuelle histoire de la laïcité. De même, la loi constitue l'un des instruments classiques de la République unitaire et indivisible – nonobstant les spécificités du droit local alsacien-mosellan et de la France d'Outre-Mer. La situation allemande se distingue sur ces deux points essentiels. D'une part, la structure fédérale, indissociable de la culture juridique et politique allemande, favorise la pluralité des solutions, spécialement en matières scolaire et religieuse pour lesquelles les *Länder* bénéficient d'une compétence législative exclusive (art. 70 al. 1 LF). D'autre part, cette autonomie étatique doit s'exercer dans le respect de la Constitution fédérale, telle qu'interprétée et garantie par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. À ce titre, les *Länder* sont liés tant par les droits fondamentaux (art. 1 al. 3 et 20 al. 3 LF) que par les grands principes régissant le fait religieux. Or, en la matière, la Loi fondamentale se place expressément dans la continuité de la Constitution de Weimar du 11 août 1919 (Art. 140 LF : « Les dispositions des articles 136, 137, 138, 139 et 141 de la Constitution allemande du 11 août 1919 font partie intégrante de la présente Loi fondamentale » – P. Badura, « Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts, die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts », in *Handbuch des Staatskirchenrechts*, 2e éd., 1994, Berlin, Duncker & Humblot, p. 236-245). Le principe de « coopération institutionnalisée », fondé sur la reconnaissance étatique du facteur religieux devient ce faisant un autre trait structurant de la culture juridique et politique allemande (T. Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé : Analyse comparative des régimes français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, 163s.). Ces relations spécifiques se traduisent par l'existence d'un véritable « droit des relations religion-État(s) » (H. M. Heinig/C. Walter (dir.), *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht ?*, Tübingen, Mohr, 2007 ; C. D. Classen, *Religionsrecht*, 2^e éd., Tübingen, Mohr, 2015), mais aussi par une attention particulière accordée à la liberté de conscience (la question même du port de signes religieux par les élèves est peu discutée – à l'exception dans certains cas du voile intégral : v. par ex. BayVGh, Beschluss 22.4.2014).

Ce cadre général n'interdit évidemment nullement les évolutions ultérieures, notamment celles requises par l'interprétation de la Loi fondamentale comme « unité de sens logique et téléologique » (*logisch-teleologisches Sinngebild* - BVerfGE 19, 206 (220)), prenant en compte le contexte dans lequel elle s'inscrit. Mais il demeure essentiel pour comprendre la décision de la Cour du 27 janvier 2015. Au-delà des droits subjectifs des deux requérantes – et rappelant à ce titre la fonction objective du recours constitutionnel (BVerfGE 33, 247 (259) – jurisprudence constante ; N. Marsch, « Die objektive Funktion der Verfassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *AöR* 137 (2012), p. 592-624) –, la décision soulève deux questions fondamentales relatives à la conciliation des droits fondamentaux comme à la quête d'un équilibre entre l'unité et la diversité consubstantielle au fédéralisme allemand. Deux points qu'il convient d'analyser à la lumière tant de l'arrêt précité de la Seconde chambre de 2003 que de l'opinion des juges minoritaires (juges H. J. Jentsch, U. Di Fabio, R. Mellinghoff en 2003, W. Schluckebier et M. Hermanns en 2015). Ainsi mise en perspective, la décision de 2015 se présente comme un revirement, non pas « à cent soixante degrés » (dans ce sens : « Richter auf Tuchfühlung », *Samstags-Süddeutsche Zeitung*, 14 mars 2015) mais seulement à quatre-vingt-dix degrés. Sur le fond en effet, dans la balance des droits fondamentaux en matière d'expression religieuse à l'école publique, la difficulté de la détermination du point d'équilibre apparaît surtout à travers la confrontation des juges majoritaires et minoritaires des deux décisions. Dans la continuité de l'arrêt de 2003, la décision de 2015 fait le choix d'une acception souple de la neutralité étatique (I). Le revirement apparaît bien davantage sur le terrain des compétences respectives des pouvoirs publics concernés. Sur ce point, la Cour constitutionnelle fédérale semble reprendre de la main de sa Première chambre ce qu'elle avait accepté de la main de sa Seconde chambre (II).

I. Le choix d'une neutralité souple : la difficile balance des droits fondamentaux en matière d'expression religieuse à l'école publique

En matière de « dogmatique » des droits fondamentaux (*Grundrechtsdogmatik* – théorie appliquée des droits fondamentaux – v. par ex. : E.-W. Böckenförde, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », *in le même, Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2000, p. 253s.), la Cour constitutionnelle allemande exerce un contrôle particulièrement poussé, que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La quête d'une protection effective des droits emporte une mise en balance des droits et principes constitutionnels en présence (proportionnalité au sens strict – *Angemessenheit*), une fois vérifiés le « caractère approprié » (*Geeignetheit*) et « nécessaire » (*Erforderlichkeit*) de l'ingérence en cause. En l'espèce, en 2003 comme en 2015, il s'agit de déterminer l'équilibre entre, d'une part la liberté religieuse (art. 4 al. 1 et 2) des personnels éducatifs des écoles et l'égalité d'accès à la fonction publique (art. 33 al. 3) et, d'autre part, la « mission éducative de l'État » (*staatlichen Erziehungsauftrag* – qui résulte de l'art. 7 al. 1 LF) dans le respect de la neutralité, de la liberté religieuse « négative » des élèves (droit de ne pas subir d'influence religieuse, Art. 4 al. 1 LF) et du « droit naturel des parents d'éduquer leurs enfants » (Art. 6 al. 2 LF). Dans les deux décisions *Kopftuch* (voile), la tension est renforcée par les différentes acceptions possibles du rôle de l'école et de ses enseignants. La décision de 2015 s'apparente à un plaidoyer pour une société plurielle, reprenant une partie de l'argumentation des juges majoritaires de 2003 (A). À l'inverse, l'opinion dissidente des juges minoritaires – de 2015 comme de 2003 – s'articule autour de la défense de la neutralité scolaire (B).

A. Un plaidoyer pour une société plurielle

L'accent mis sur la « confrontation » au pluralisme de la société, y compris dans ses déclinaisons religieuses, est au cœur de la décision du 27 janvier 2015. Celle-ci confirme ce faisant l'importance du « principe de tolérance » (*Toleranzgebot*) dans la dogmatique

allemande des droits fondamentaux en matière de liberté religieuse (principe dégagé par trois décisions du 17 décembre 1975 relatives à la constitutionnalité des écoles « interconfessionnelles » (*Gemeinschaftsschulen*) – (BVerfGE 41, 29 (50 s.) ; 41, 65 (78s.) ; 41, 88 (106 s.)).

L'application de ces principes conduit en premier lieu à qualifier les sanctions infligées aux requérantes en raison du port de signes manifestant leur appartenance religieuse de « grave ingérence » dans leurs libertés de croyance. Cette appréciation est commandée par la volonté de préserver l'« identité personnelle » (garantie par l'association des articles 1 al. 1 et 2 al. 1 LF - § 96). Partant, une attention particulière est accordée au critère du choix individuel des requérantes. Dans ses motifs (§ 7), la Première chambre prend ainsi soin de préciser que la première requérante n'appartient pas à une communauté islamique particulière et qu'elle a choisi elle-même de porter le voile dès l'âge de 17 ans, à la différence de ses sœurs. Elle examine ensuite le sens du port du voile pour l'identité religieuse personnelle des requérantes (§ 142s.). Dans une motivation étoffée de passages du Coran et de références scientifiques, elle rappelle que « l'obligation de se couvrir » (*Bedeckungsgebot*) est formulée par la plupart des courants de l'islam, ce qui doit être pris en compte dans l'image et la perception de soi (*Selbstverständnis*) que peuvent avoir les personnes concernées (§ 86) – précision classique dans la jurisprudence de la Cour en matière de liberté religieuse depuis la fin des années soixante (BVerfGE 24, 236 (247s.) ; 32, 98 (108)). L'argumentaire rejoint ici celui développé par la Seconde chambre en 2003, selon laquelle : « sans doute le port d'un voile révèle-t-il, aux yeux du public, l'importance de l'orientation religieuse dans la conception de la vie adoptée par la personne concernée. Mais il est compris comme l'expression d'une décision individuelle et n'est pas en contradiction avec un style de vie moderne. [...] Les études scientifiques démontrent [en outre] que, au regard de la pluralité des motifs invoqués, le port du voile ne doit pas être trop rapidement interprété comme un signe de soumission sociale de la femme » (BVerfGE, 108, 282 (304-305)).

La recherche de la tolérance et de la diversité sociales est, en second lieu, poursuivie au niveau de l'évaluation des droits et principes opposés – qui sont autant de limites constitutionnelles (*verfassungsimmanente Schranken*) – à la liberté religieuse invoquée. S'agissant du principe de neutralité étatique, il faut noter, ici aussi, une acception proche de celle présentée en 2003, toute tournée vers la promotion d'une neutralité atténuée – rappelant à ce titre la diversité des nuances possibles de ce dernier terme (K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen, Mohr, 1972). Dans les deux décisions, au mot près (BVerfGE, 108, 282 (299-300) ; 2015 §§ 109-110), on en retrouve la même définition : « la neutralité religieuse et idéologique de l'État n'est pas à comprendre dans le sens d'une séparation stricte de l'État et des Églises, mais comme une attitude ouverte et globale, à même de promouvoir la liberté religieuse de manière égale pour toutes les confessions ». De même, il est intéressant d'observer dans quelle mesure les deux décisions s'attachent à distinguer la neutralité de l'État et le comportement de ses *agents*. Si le premier est astreint à une neutralité plus stricte, justifiant par exemple l'interdiction des crucifix dans les salles de classe, cela n'interdit nullement de valoriser par ailleurs le droit individuel des seconds à la liberté de religion. Se référant ainsi expressément au célèbre *Kruzifix-Urteil* du 16 mai 1995 (BVerfGE 93, 1), l'un des arrêts les plus commentés et les plus contestés de l'histoire de la Cour (voir par ex : C. Grewe et A. Weber, *RFDC* n° 25, 1996, p. 183s. ; P. Badura, « Das Kreuz im Schulzimmer », BayBl. 1996, p. 33s.), les juges majoritaires de 2003 comme de 2015 estiment en effet que, « du port du voile par des pédagogues individuelles », ne doit pas être déduit « l'identification de l'État à une croyance particulière » (2003 : BVerfGE, 108, 282 (305) ; 2015 : § 112).

De même enfin, l'analyse des autres droits fondamentaux à même de justifier l'ingérence dans la liberté religieuse des requérantes est également tournée vers les principes de pluralisme et de tolérance. C'est ainsi que la liberté religieuse « négative » des enfants est atténuée par le vœu de ne pas les « tenir épargnés de la confrontation avec les manifestations religieuses, les actes cultuels ou autres symboles religieux qui leur sont étrangers » (§ 104). L'école elle-même est définie comme un lieu d'apprentissage de la

tolérance, qui doit en conséquence demeurer « ouverte » à l'égard de différents « contenus et valeurs », de nature religieuse ou idéologique (§§ 111, 115). L'enceinte scolaire est dès lors présentée comme une étape préparatoire de formation à la vie sociale, elle-même complexe, plurielle et difficile, et non comme un « sanctuaire » à préserver. Si cette position paraît bien loin des conceptions françaises actuelles, elle n'est toutefois pas unanimement partagée en Allemagne.

B. Une absence de prise en compte de la spécificité de l'école critiquée

Selon les deux juges minoritaires, la décision du 27 janvier 2015 « néglige le sens de la mission éducative de l'État, laquelle doit être accomplie dans le respect de l'obligation de la neutralité religieuse et idéologique, comme de la protection du droit éducatif des parents et de la liberté religieuse négative des élèves » (§ 2 de l'opinion dissidente). Partant, ils proposent une argumentation guidée par la « situation spécifique » de l'école (§ 17 *ibid*), au sein de laquelle l'expression de la liberté religieuse individuelle doit être encadrée par des limites bien plus strictes qu'elle ne l'est en dehors de ses murs.

Cette acception conduit d'une part à souligner la particularité du « rapport élève-pédagogue » (§§ 11-12 *ibid*), lequel précisément n'est pas « comparable » avec les situations que l'on rencontre « dans la société de tous les jours ». En effet, ce rapport se distingue tout à la fois par la situation de dépendance (*Abhängigkeitsverhältnis*) entre l'enseignant et ses élèves, dès lors qu'il ne peut point être interrompu à la convenance de chacun, et par la « fonction de modèle » (*Vorbildfunktion*) en principe exercée par l'enseignant, en raison de son rôle particulier comme de l'âge des élèves. Les juges minoritaires rejoignent ici les opinions dissidentes de 2003 (BVerfGE, 108, 282 (324, 329)) et appuient leur propos par un renvoi à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, 42393/98).

D'autre part, cette conception plus stricte de la neutralité amène les juges minoritaires de 2015 à critiquer le caractère artificiel de la différenciation établie par la chambre entre l'État et ses agents (§§ 14, 18 de l'opinion dissidente). Ils considèrent en particulier que l'État n'est pas « un être anonyme ». Il agit au contraire à travers ses fonctionnaires (*Amtsträger*), qui sont ses « représentants ». Il n'y a dès lors pas lieu de distinguer entre les symboles attribués à l'État et les vêtements choisis individuellement par les personnels éducatifs des écoles publiques. Ici encore, l'argumentation se rapproche moins de la décision de 2003 que de l'opinion des trois juges minoritaires y afférent. En 2003, cette problématique était même essentielle, au regard des faits de l'espèce, centrés sur l'accès à la fonction publique de la requérante (art. 33 al. 3 LF). Les juges minoritaires n'avaient alors eu de cesse de souligner que « celui qui veut devenir fonctionnaire » (« Wer Beamter werden will » – ou phrase similaire répétée à cinq reprises, de manière presque incantatoire : BVerfGE, 108, 282 (302s.)) se place intrinsèquement dans un « rapport spécifique de service et de fidélité à l'État » (2003, Rn. 321 « Dienst- und Treueverhältnis zum Staat » ; termes mêmes de l'article 33 al. 4 LF). Ils en avaient du reste tiré une conséquence radicale, estimant ces considérations suffisantes pour interdire aux candidats à la fonction publique tout « emploi de symbole vestimentaire significatif » (Rn. 331), sans même qu'une loi étatique ne soit indispensable à cet effet.

Si la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 27 janvier 2015 s'efforce ainsi de préserver une conception souple de la neutralité étatique, l'on perçoit combien le cadre scolaire se présente, en Allemagne aussi, comme un laboratoire pour l'évolution de la confrontation des droits fondamentaux en matière religieuse. De 2003 à 2015, c'est toutefois au niveau du contrôle de proportionnalité que la décision *Kopftuch II* s'écarte radicalement de l'arrêt *Kopftuch I*. Mais ici, l'enjeu tient davantage à la précision des rapports respectifs entre le(s) législateur(s), les administrations scolaires et les juges. Un jeu d'acteurs en somme qui, nonobstant la divergence des solutions, s'avère tout aussi délicat à déterminer qu'il ne l'est en France.

II. Un délicat jeu d'acteurs : reprendre de la main de la Première chambre ce qui avait été donné de la main de la Seconde chambre

L'examen des recours constitutionnels conduit la Première chambre à deux conclusions distinctes, toutes deux discutées par les juges minoritaires. Ces derniers rappellent en premier lieu que l'interprétation retenue, « neutralisant » deux des dispositions législatives à l'origine des décisions juridictionnelles contestées, et privilégiant des solutions concrètes, remet en cause l'autonomie législative des *Länder*, pourtant favorisée en 2003 (A). Ils s'opposent en second lieu à la déclaration de nullité de la disposition législative la plus litigieuse, pointant ce faisant la question de l'étendue des pouvoirs d'interprétation de la Cour de Karlsruhe (B).

A. Des solutions concrètes au détriment de l'autonomie législative des *Länder*

La loi scolaire du *Land* de Rhénanie du Nord Westphalie est au cœur de la décision du 27 janvier 2015. Deux de ses dispositions (§ 57 al. 4 *SchulG NRW* : « 1. Les professeurs des écoles ne sont pas autorisés à porter des signes extérieurs manifestant une quelconque appartenance politique, religieuse ou idéologique qui serait de nature à troubler la neutralité du *Land* à l'égard des élèves ou de leurs parents, ou à menacer ou porter atteinte à la paix scolaire ; 2. En particulier, est interdit tout comportement qui pourrait donner le sentiment aux élèves ou aux parents que l'enseignant se positionne contre la dignité humaine, l'égalité, les droits fondamentaux ou l'ordre libéral et démocratique ») ne trouvent grâce aux yeux des juges de la Première chambre qu'au prix d'une interprétation neutralisante et restrictive. Plus précisément, les exigences du contrôle de proportionnalité commandent qu'« une restriction de la liberté de croyance des personnels éducatifs ne peut être envisagée comme permettant une juste balance avec les droits et principes constitutionnels en présence, que lorsqu'il est prouvé qu'un danger suffisamment concret pour la neutralité étatique ou la paix scolaire est susceptible d'être démontré » (§ 115 – même solution pour les deux phrases contestées, et pour les deux recours considérés, §§ 118 – 119). Une telle menace concrète suppose de prendre en considération les cas particuliers « d'école ou de circonscription scolaire au cours d'une période temporelle déterminée » (§ 114), ce qui n'est, en principe, pas à la portée du législateur. Plus encore, la Cour estime que, même en cas de situation conflictuelle ainsi identifiée, notamment en présence d'une volonté délibérée de la part d'un enseignant d'influencer les élèves par ses paroles ou ses positions, « l'administration doit s'efforcer d'envisager une autre possibilité d'affectation pédagogique » conciliable avec la protection des droits fondamentaux de la personne concernée » (§ 113). Cette application du principe de proportionnalité confirme la volonté de contenir le principe de neutralité dans de strictes limites.

Il y a ici une différence de vue fondamentale entre les décisions de 2015 et de 2003. En effet, si les décisions des tribunaux du travail sont annulées en 2015, c'est parce qu'elles confirment des sanctions prises conformément à l'interdiction prévue par la loi scolaire étatique. Une telle solution générale et abstraite est désormais jugée disproportionnée (§ 101). C'était pourtant précisément la voie indiquée par l'arrêt de 2003. Se fondant sur les principes constitutionnels de « réserve de loi, d'État de droit et de démocratie » (BVerfGE, 108, 282 (311-312)) comme sur la compétence exclusive des *Länder* en matière scolaire (Rn. 302), les juges de la Seconde chambre s'étaient attelés avant tout à trancher une question de compétence. À leurs yeux, il ne pouvait qu'« incomb[er] au législateur démocratique des *Länder*, au terme d'une procédure publique de formation de la volonté, de chercher un compris acceptable par tous. Cela signifiait que les différents *Länder* puissent adopter des règles différentes, afin de déterminer un juste milieu en prenant en considération leurs traditions scolaires, la composition confessionnelle de leur population, de même que l'enracinement religieux, plus ou moins fort selon chacun des *Länder* » (BVerfGE, 108, 282 (303)). C'est donc cette « prérogative d'appréciation » (*Einschätzungsprärogative*), un temps monopole des législateurs étatiques, à l'exclusion des « autorités exécutives ou des tribunaux » (Rn. 311-312), qui est directement remise en cause aujourd'hui. Les juges

minoritaires de 2015 n'ont pas manqué de le contester, soulignant la restriction « inacceptable de la marge de manœuvre des législateurs étatiques » (§§ 2 et 6 de l'opinion dissidente).

Si l'on intègre dans ces réflexions l'opinion des juges minoritaires de 2003, l'on perçoit combien l'éventail des possibilités est complexe et demeure controversé. Faut-il prévenir tout conflit, si besoin au moyen de lois étatiques interdisant le port des signes religieux par les enseignants des écoles publiques (approche défendue par les juges majoritaires de 2003 et par les juges minoritaires de 2015) ? Incombe-t-il au contraire aux autorités scolaires de s'efforcer d'évaluer chaque situation, au cas par cas, dans l'espoir de faire pencher la balance du côté du pluralisme (position des juges majoritaires de 2015) ? Doit-on enfin privilégier un pareil règlement concret de ces questions, mais en rappelant que la Constitution n'autorise qu'une lecture stricte du principe de neutralité (conception des juges minoritaires de 2003) ? D'une solution législative « abstraite » et uniforme déterminée dans le cadre des *Länder* à un règlement concret au cas par cas, sans doute la requérante de 2003 avait-elle « simplement » eu la « malchance de se trouver au mauvais moment, au mauvais endroit et devant la mauvaise chambre » (G. Neureither, *Verfassungsblog*, 20 mars 2015, http://www.verfassungsblog.de/ueber-kopftuecher-segelanweisungen-und-das-pech-zur-falschen-zeit-am-falschen-ort-und-vor-dem-falschen-senat-zu-sein/#.VQ65_jrSH2o). Elle aurait alors moins perdu à Karlsruhe qu'à Stuttgart, capitale du *Land* de Bade-Wurtemberg où elle souhaitait enseigner et qui s'était doté dès le 1^{er} avril 2004 de l'une des législations les plus restrictives d'Allemagne.

À ce dernier titre, l'analogie avec la législation de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie, au cœur de la décision de la Cour du 27 janvier 2015, ne peut qu'être relevée. Plus encore, cette similitude concerne tant les deux premières phrases de la disposition législative, désormais neutralisées par une interprétation conforme, que la troisième phrase, déclarée nulle et non avenue.

B. Les limites du pouvoir d'interprétation conforme : l'incompatibilité absolue du traitement de faveur des valeurs chrétiennes et occidentales

Outre l'interdiction du port de signes religieux opposée aux personnels éducatifs dans huit *Länder*, certains d'entre eux, à l'instar de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie (§ 57 al. 4 *SchulG NRW*), avaient expressément choisi d'exempter de cette proscription les signes représentant les « traditions ou valeurs éducatives et culturelles chrétiennes et occidentales » (formulations similaires dans les législations de la Bavière – Art. 59 al. 2 *Bay-EUG* –, du Bade-Wurtemberg – § 38 al. 2 *SchulG BW* – et de la Hesse – § 86 al. 3 *SchulG Hessen*). De telles dispositions peuvent être lues en écho aux objectifs de l'éducation scolaire consacrés par différentes Constitutions étatiques aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale (voir par exemple, l'art. 12 al. 3 de la Constitution de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie : « Dans les écoles interconfessionnelles, les enfants sont instruits et éduqués ensemble à partir des valeurs culturelles et éducatives chrétiennes, dans le respect des confessions chrétiennes et des autres convictions religieuses et idéologiques »). Il y a là en outre une empreinte de la culture allemande traditionnelle, façonnée par l'héritage chrétien. Reste que, qu'elle qu'en soit l'origine, de telles clauses pouvaient conduire à autoriser une croix ou un habit monastique tout en refusant le voile islamique. Or l'idée même d'une différence de traitement entre les religions ne pouvait que violer le principe d'égalité (art. 3 al. 3 phrase 1 LF), bénéficiant traditionnellement en Allemagne d'une acception concrète (O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992) et renforcé, en matière religieuse, par les principes de parité et d'interdiction des discriminations (art. 33 al. 3 LF, C. D. Classen, *Religionsrecht*, *op. cit.*, p. 62, Rn. 127s.).

Dans leur décision du 27 janvier 2015, les juges de la Première chambre déclarent en conséquence nulle et non avenue (*nichtig*) la phrase 3 de la disposition contestée (§ 138). Sa seule présence dans une loi peut en effet « être comprise comme une brèche ouverte pour une pratique administrative discriminatoire » (§ 136). Ils rejoignent ici une opinion largement partagée dans la doctrine, y compris par des auteurs proches de l'Église (voir par

exemple : *P. Unruh, Religionsverfassungsrecht*, 3. éd., Baden-Baden, Nomos, 2015, Rn. 133 – Peter Unruh est le chef de l'administration de la *Nordkirche*, importante Église évangélique en Allemagne du Nord). Quant aux juges minoritaires, s'ils adhèrent à ce rejet d'une « clause de privilège » (*Privilegierungsklausel* - § 21 de l'opinion dissidente), ils n'en contestent pas moins le sort réservé à la disposition. Se fondant sur le principe constitutionnel de la liaison du pouvoir judiciaire par la loi (art. 20 al. 3 LF - §§ 21s. *ibid*), ils plaident en faveur d'une interprétation neutralisante de la disposition, conformément à une jurisprudence alors déjà ancienne, et qui avait été pratiquée en l'espèce par les juridictions de fond. Le débat rebondit ce faisant sur la question des limites du pouvoir d'interprétation constitutionnelle, les juges majoritaires ayant estimé que « l'interprétation conforme trouve ses limites au point où elle entre en contradiction avec la teneur de la loi et avec la volonté clairement identifiable du législateur » (2015, § 132).

2003 puis 2015, il y a donc désormais deux grandes décisions *Kopftuch* en Allemagne. Dans les deux cas, la Cour constitutionnelle s'est prononcée à la suite de recours constitutionnels dirigés contre des jugements (*Urteilsverfassungsbeschwerde*), mécanisme central pour son insertion au cœur du système juridictionnel allemand. Dans ce cadre, « le contrôle de constitutionnalité se limite en principe à l'examen de l'interprétation et de l'application du droit ordinaire par les décisions juridictionnelles contestées. [Il s'agit alors de vérifier si celles-ci ne sont pas fondées] sur une conception globalement erronée du sens et de la portée du droit fondamental en cause ou ne sont pas arbitraires » (jurisprudence constante : BVerfGE 18, 85 (93)). « Si la juridiction dont la décision est attaquée par la voie du recours constitutionnel a été amenée à interpréter ou appliquer un droit fondamental, il appartient toutefois à la Cour constitutionnelle fédérale de préciser elle-même l'étendue et les limites de ce droit [...] » (BVerfGE, 108, 282 (294)). Appliquant ces préceptes, en 2003 comme en 2015, la Cour est revenue sur les « rapports multipolaires entre droits fondamentaux » (*multipolares Grundrechtsverhältnis*), dans ce cadre si délicat de confrontation entre liberté religieuse et neutralité étatique qu'est l'école publique. Dans un contexte sans doute rendu plus sensible encore par les manifestations des « Européens patriotes contre l'islamisation de l'Occident » (*PEDIGA* – mouvement né en octobre 2014 à Dresde) et alors qu'il existe aujourd'hui un large consensus sur le rôle de l'école et de l'éducation pour relever le défi du « vivre-ensemble », elle choisit d'insister sur l'importance du principe de tolérance. Autre rive du Rhin, autre histoire, autre culture juridique et politique, on est loin des débats actuels relatifs au renforcement de la laïcité « à la française ».

Cinquante-six pages de décision demeurent pourtant insuffisantes pour répondre à toutes les interrogations. La décision de la Cour constitutionnelle allemande soulève d'ores et déjà de nouvelles questions et incertitudes (voir par exemple les contributions et vifs échanges publiés sur le blog de droit constitutionnel : *Verfassungsblog* : <http://www.verfassungsblog.de/?s=kopftuch&submit=Such+nach&lang=de>).

Reste notamment, pour les législateurs et les administrations étatiques comme pour les juridictions du fond, à tirer les conséquences concrètes de la décision de la Cour. Or ici, au-delà des risques de divergences inhérents aux solutions « concrètes » et pragmatiques, c'est surtout la mise en œuvre de la décision par les *Länder* qui est mise en doute. Parmi ceux auxquels il revient à présent d'adapter leur législation – dans le cas de législations similaires à celles de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie –, la contestation gronde. Le Gouvernement bavarois a ainsi fait valoir, dès le 17 mars 2015 que « pour notre réglementation bavaroise, le gouvernement [...] n'a pas identifié de besoin de modification. La Cour constitutionnelle bavaroise l'a confirmé et, dans la pratique, nous n'avons pas de problème ». (<http://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-17-maerz-2015/?seite=1579>) – même si l'on peut évidemment s'interroger sur une telle affirmation.

Au-delà, sur le plan de la « dogmatique » constitutionnelle, la divergence entre les deux Chambres de la Cour suscite tout à la fois des inquiétudes quant à la sécurité juridique et des interrogations sur les rapports entre ces deux *Senate*, certes indépendants l'un de l'autre, mais agissant bien l'un comme l'autre en qualité de « Cour constitutionnelle

fédérale » (« Die beiden Senate als Zwillingsgericht » - commentaire du § 2 de la Loi relative à la Cour constitutionnelle : Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Beck-online, 2014). Ces questionnements nous conduisent dans les arcanes de la procédure constitutionnelle allemande, qu'il s'agisse de saisir le complexe partage des compétences entre les deux Chambres (§ 14 BVerfGG (Loi sur la Cour constitutionnelle) – voir par exemple pour 2015 : http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2015/geschaeftsverteilung_2015_node.html) ou de s'interroger sur le choix ne pas recourir à la procédure de conciliation prévue par la Loi sur la Cour (§ 16 BVerfGG : « Si une chambre souhaite s'écarter d'une décision rendue par l'autre chambre sur une question de droit, il appartient à l'assemblée plénière de la Cour de trancher »).

Première chambre vs. Seconde chambre ; autonomie des *Länder* vs. prééminence du droit fédéral (art. 31 LF) et rôle « unificateur » et énergique de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe : ce sont là autant de points soulignant une nouvelle fois la particularité et la richesse des cultures juridiques nationales.